Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

I.

Die hypothekariſche Succeſſion.*)

Von

Herrn Dr. Bernburg,

Profeſſor der Rechte in Zürich.

---

§. 1.

Einleitung.

Die Lehre, die wir hier behandeln, iſt von der römiſchen Jurisprudenz in ihren Details ausgebildet worden und liegt nach ihren praktiſchen Reſultaten in den Schriften der römiſchen Juriſten ziemlich entwickelt vor uns; aber keinem der alten Juriſten hat es gefallen uns über die Grundgedanken zu belehren, welche bei der Ausbildung derſelben leiteten und aus welcher auch wir die Theorie fortzubilden und die Lücken zu ergänzen haben. Dieſes Stillſchweigen iſt um ſo fühlbarer, als die Struktur dieſer Lehre vielfach feſtbegründeten Rechtsprinzipien zu widerſprechen ſcheint, ſo daß es dem Forſcher, der nicht gewohnt iſt, ſich nur mit der Ueberlieferung zu begnügen, oft ſcheinen will, als ſei vor ſeinen Blick ein künſtliches verſchränktes Räthſel gelegt, deſſen Schlüſſel verloren ging. Verſuchen wir, ob es uns gelinge, das Wort zu finden, durch welches ſich die Widerſprüche zur Einheit geſtalten und ſich die ſcheinbare Willkühr als conſequente Entwicklung ordnet.

---

*) Der hier erſcheinende Aufſatz iſt ein Theil eines größeren Werkes des Verfaſſers über Pfandrecht. Die Redaktion.

Die einzelnen Fälle, in denen die Römer von einem loco succedere, in locum succedere [1]), in locum substitui [2]), in pignus succedere [3]), in jus succedere [4]), die Neuern von einer hypothekariſchen Succeſſion reden, ſind in ihren allgemeinſten Zügen folgende:

1) Vertrag eines Capitaliſten mit dem Schuldner über Abtragung einer Pfandſchuld unter der Beſtimmung, daß der Capitaliſt für die dadurch entſtehende Forderung an der bereits früher verpfändeten Sache ein Pfandrecht erhalte [5]).

2) Novation einer pfandrechtlich verſicherten Forderung und Beſtellung eines Pfandrechts an der früher für die novirte Forderung verpfändeten Sache [6]).

3) Kauf der Pfandſache unter der näheren Verabredung, daß mit dem Kaufpreis auf der gekauften Sache laſtende Pfandrechte abgezahlt werden [7]).

4) Die Abfindung des vorgehenden Pfandgläubigers durch einen Nachhypothecar (jus offerendi et succedendi [8]).

Die aufgezählten Fälle ſind in ihrer äußeren Erſcheinung ſehr verſchieden von einander; einen Charakterzug jedoch haben ſie ſämmtlich gemeinſam: der Nachfolger ſuccedirt in die Rechte eines früheren Pfandgläubigers, ohne daß deſſen Einwilligung nothwendig iſt [9]).

Gehen wir dazu über, dieſe auffallende Eigenthümlichkeit zu prüfen und den Charakter der hypothekariſchen Succeſſion näher zu beſtimmen. Es drängt ſich uns dabei vor allem eine allgemeine

---

1) L. 12 §. 9 D qui pot. 20, 4. l. 5 pr. D de distr. pign. 20. 5. l. 1 l. 2 Cod. de his qui in priorum locum succedunt 8, 19.

2) L. 16 D qui pot. 20, 4.

3) L. 12 §. 9 D qui pot. 20, 4.

4) L. 3 D quae res pig. 20, 3 l. 3 u. 4. Cod. de his, qui in prior 8, 19.

5) L. 3 D quae res pig. 20, 3 l. 1 Cod. de his, qui in prior. 8. 19.

6) L. 3 pr. D. qui pot. 20, 4 l. 12 §. 5 D eod.

7) L. 17 D qui pot. 20, 4. l. 3 C. de his, qui in prior. 8, 19.

8) L. 12 §. 6 D qui pot. 20, 4. u. a. a. O.

9) Deßhalb gehört das Recht des vom Pfandgläubiger beklagten bonae fidei possessor die Pfandſache bis zur Ceſſion der Rechte des Gläubigers zurückzuhalten, durchaus nicht hierher. Vgl. Bachofen S. 500 ff. S. 659 ff.

Bemerkung über die Succession in Rechte überhaupt auf, deren Nichtbeachtung schon oft zu Irrthümern geführt hat.

In die Stellung eines Andern kann man in ganz verschiedener Weise einrücken, so daß wir nach dieser Verschiedenheit eine derivative und eine originäre Succession unterscheiden können. Die gewöhnlichste Art der Succession ist allerdings, daß ein fremdes Recht von dem frühern Inhaber abgelöst und auf den Successor übertragen wird, sei es nun in Folge einer Vererbung oder eines Abtretungsvertrags oder auch unmittelbar in Folge des Gesetzes; es ist aber nicht richtig stets nur an solche Fälle zu denken, wenn von einer Succession die Rede ist. Häufig kommt es vor, daß ein Recht in der Person des Nachrückenden von Anfang an und ursprünglich begründet ist, aber in Folge *seiner innern Natur*, nach dem Wegfall eines älteren Rechts, eine diesem ganz gleichartige Stellung einnimmt; in diesem Fall, in dem wir von originärer Succession reden können, besetzt der Nachfolger gewissermaßen den *verlassenen* Platz des Wegfallenden.

Es wird nicht überflüssig sein, sofort einige Beispiele der originären Succession aufzuführen. — Der Capitalist, welcher dem Schuldner Geld zur Abfindung privilegirter Forderungen vorschießt, erhält für die persönliche Forderung an den Schuldner, die dadurch entsteht, das Privilegium exigendi, welches bisher die getilgte Forderung schützte. Es ist dabei völlig gleichgültig, ob er die Zahlung durch den Schuldner vornehmen ließ oder selbst den privilegirten Gläubiger auszahlte. Obgleich dies Privilegium offenbar *nicht* von der untergegangenen alten Forderung *übriggeblieben* und übertragen ist, sondern der neuen Forderung ihrer Natur nach von selbst zusteht, so sprechen doch die Römer von einem in locum succedere [10]). Eine gleichartige Succession finden wir in Bezug auf die actio Pauliana. Diese Klage ist bekanntlich zunächst zu Gunsten des Creditors eingeführt, welchen der Schuldner durch eine Veräußerung zu benachtheiligen suchte; sie wird aber auch dem Gläubiger gegeben, welchen der Schuldner direkt nicht be-

10) L. 2 D de cessione bonorum 42, 3. In personalibus actionibus, qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt l. 24 §. 3 D de rebus auct. jud. 42, 5.

nachtheiligen wollte, der aber aus ſeinen Mitteln einen älteren Creditor abfand, welchen der Schuldner zu betrügen dachte [11]). Ein anderes Beiſpiel gibt uns die actio exercitoria, die nicht nur dem Gläubiger zuſteht, der zur Erhaltung eines Schiffes creditirt, ſondern auch dem Gläubiger, durch deſſen Darlehen Jemand abgefunden wird, der zu dieſem Zweck creditirt hat [12]).

Selbſt bei Uebernahme von Verbindlichkeiten iſt eine Succeſſion dieſer Art möglich; und die römiſchen Juriſten ſprechen namentlich in Bezug auf die Expromiſſion, bei welcher ein neuer Schuldner für den alten eintritt, von einer successio in locum [13]), obgleich der Expromiſſor formell eine völlig neue Verbindlichkeit eingeht. Am häufigſten aber gibt das Erbrecht Beiſpiele ſolcher originären Succeſſionen. Wenn Gajus in Bezug auf das Inteſtaterbrecht der Enkel ſagt, aequum enim videbatur nepotes, neptes ve in patris sui locum portionemque succedere, eine Aeußerung, die Ulpian faſt wörtlich wiederholt [14]), ſo meint er damit nicht, daß der Enkel ein Erbrecht in das Vermögen des Großvaters von ſeinem vorverſtorbenen Vater ableite, welches dieſem letztern niemals zuſtand, ſondern daß er ein Recht erhalte, wie es ſein Vater gehabt hätte, wenn dieſer nicht vor dem Großvater verſtorben wäre. Völlig derſelben Art iſt die Succeſſion bei der querela inofficiosi testamenti [15]); der zweitnächſte Inteſtaterbe, der in die Querel ſuccedirt, wenn der erſte, der gleichfalls übergangen iſt, die Querel nicht anſtellen kann oder will, leitet ſein Recht durchaus nicht vom erſten Inteſtaterben her; vielmehr tritt er vermöge eignen Rechts in die Stelle, an welcher zunächſt der weggefallene erſte Inteſtaterbe ſtand.

Wenden wir nun unſern Blick zurück zur hypothekariſchen Succeſſion, ſo ſind auch hier zwei Betrachtungsweiſen des Verhältniſſes möglich. Entweder iſt daſſelbe ſo aufzufaſſen, daß ſich

11) L. 10 §. 1 D quae in fraudem 42, 8.

12) L. 1 §. 11 D de exerc. a 14, 1.

13) L. 24 D de pecunia const. 13, 5.

14) Gaj III. 7. — Ulp. fragm. XXVI. 2. — Paul III. 4 B. 10. — Vat. fragm. §. 198. cfr. noch l. 1 §. 7 D de conjung. 37. 8. — l. 13 de injusto 28, 3.

15) Z. B. l. 31 D de querela inoff. 5, 2.

das Recht des älteren Pfandgläubigers von der Person desselben loslöst und daß das ältere Recht auf den Successor übergeht oder es ließe sich auch denken, daß das eigne Recht des Successors nach dem Wegfalle des Vorgängers sich verbessert und daß dieses Recht in die juristische Stellung tritt, welche das ältere Pfandrecht früher einnahm.

Jene erste Betrachtungsweise ist seit Jahrhunderten adoptirt und hat sich wie ein feststehendes Axiom vererbt; man hält es nicht für zweifelhaft, daß der Successor wie ein Käufer und Cessionar das dem Vorgänger ursprünglich bestellte, fremde Recht als Rechtsnachfolger ausübt und daß er in einigen Fällen das alte Pfandrecht in Verbindung mit der ursprünglichen Forderung, in andern das alte Pfandrecht allein ohne die ursprünglich verbundene Forderung erwerbe.

Verfolgen wir aber diese Anschauung näher und vergegenwärtigen wir uns den Zusammenhang des Rechtssystems, so stoßen wir bald auf schwierige, kaum erklärbare Anomalien.

Es würde sich der Successor nach dieser Auffassung, durch eigene Handlungen ohne Einwilligung des bisher Berechtigten, nicht selten sogar gegen den Willen desselben, dessen Recht, die Forderung an den Schuldner aneignen.

Und doch ist es ein natürlicher Grundsatz, welchen das römische Recht hochhielt, daß Privatrechte regelmäßig dem Berechtigten nicht entzogen und ohne dessen Zuthun auf andere übertragen werden können [16]). Nur ausnahmsweise, wenn politische oder religiöse Rücksichten es gebieten, kann uns ein Dritter unser Recht ohne unsere Mitwirkung gegen Anbieten seines Kaufpreises entziehen. In Bezug auf Forderungen [17]) insbesondere wird uns ausdrücklich und mit Bestimmtheit gesagt, daß man eine Cession nicht um deßwillen

16) L. 11 D de reg. juris 50, 17; l. 11 C. de contr. emtione 4, 38. Invitum comparare vel distrahere postulantis desiderium justam causam non continet.

17) L 5 C. de solut 8, 43. — Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest, eo quod ei debitam quantitatem offerens, jus obligationis in te transferri desideras cum ab eo nomen comparasse non suggeras; licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio

verlangen könne, weil man dem Gläubiger derselben Zahlung anbietet; es sei denn, daß man die Forderung bereits früher gekauft habe [18]).

Bei der hypothekarischen Succession und nur bei diesem Verhältniß würde sich nach der gewöhnlichen Auffassung eine Verletzung dieses tiefgreifenden auf heilig zu haltende Principien gebauten Satzes finden.

Ein weiteres wichtiges Bedenken liegt darin, daß jene Auffassung für manche Fälle der hypothekarischen Succession zur Annahme genöthigt ist, daß sich ein Pfandrecht *loslöse* von der Forderung zu deren Schutz es ursprünglich bestellt ist und sich mit einer neuen ganz verschiedenen Forderung verbinde. Und so würden wir wiederum in Widerspruch gerathen sein und zwar mit dem feststehenden und in der Natur unserer Verhältnisse begründeten Satz, daß das Pfandrecht ein *Accessorium* der Forderung und untrennbar mit ihr verbunden ist.

Endlich ist es mindestens auffallend, daß nach dieser Betrachtungsweise, in einem Fall der hypothekarischen Succession (beim jus offerendi et succedendi) ein fremdes Forderungsrecht in *Verbindung mit dem Pfandrecht* auf den Successor übergehen soll, während sich in andern Fällen ein altes Pfandrecht von der ursprünglichen Forderung trennen und mit einer neuen Obligation verbinden würde. — Dasselbe Institut — denn so erscheint es nicht nur bei den Neuern, sondern auch in den Quellen — hätte also ganz verschiedene Eigenthümlichkeiten in den verschiedenen Species seiner Anwendung.

Alle diese Erscheinungen sind nun aber um so unbegreiflicher, als dieser Theil des Pfandrechts seine Entstehung der Kunst der römischen Juristen verdankt und ein willkürlicher Eingriff der Gesetzgebung in unsere Materie nicht im mindesten nachweisbar ist.

So werden wir dazu getrieben, einmal die andere Auffassung unseres Verhältnisses durchzudenken [19]), die wir oben als möglich

---

18) Die Regel, auf die man sich früher berief, daß Jeder zu dem gezwungen werden könne, was ihm nicht schadet und anderen nützt, ist längst außer Cours gesetzt und bedarf keiner Widerlegung mehr.

19) Dieselbe Grundansicht liegt einer Dissertation zu Grund Mycielski

bezeichneten; sie allein führt uns denn auch zu befriedigenden Resultaten.

Das alte Pfandrecht, die alte Forderung erlischt in allen Fällen der hypothekarischen Succession und geht keineswegs auf den Successor über. Nur das eigne dingliche Recht des Successors, welches ihm vom Eigenthümer an der von ihm befreiten Pfandsache verliehen ist, wird wirksam. Aber dieses eigene Recht erhält vielfach eine gleiche juristische Stellung wie jenes untergegangene, es erhält namentlich den Rang, den jenes hatte.

Wir wollen kein besonderes Gewicht darauf legen, daß sich unter dieser Unterstellung der Ausdruck successio in locum sehr passend erklärt, da locus wie ordo in der Lehre des Pfandrechts vorzugsweise den Rang bezeichnet[20]; wir wollen auch die Zusammenfassung der Lehre der Priorität und der successio in den Pandekten unter dem einen Titel, qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum locum succedunt nicht besonders betonen und selbst dabei nicht verweilen: daß Marcian[21] einmal auf die Frage, ob einem Gläubiger das Recht der Succession zustehe, die Antwort gibt „praeferendus est“ oder daß ein andermal Papinian respondirt superioris temporis ordinem manere, primo creditori placuit tamquam in suum locum succedenti[22].

Entscheidender als solche Einzelheiten spricht für unsere Auffassung, daß nach ihr die Succession vollkommen mit den allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts in Uebereinstimmung steht.

Nicht immer ist das Alter in Bezug auf den Rang das einzig Entscheidende. Die klassische Jurisprudenz gibt vielmehr dem späteren Pfandrecht vor dem älteren den Vorzug, wenn durch dessen Begründung ein älteres Pfandrecht erhalten oder auch verbessert wurde (wegen versio in rem).

---

de juris offerendi origine Berolini 1848, die aber dieselbe nicht im Einzelnen genügend nachweißt.

20) Cfr. l. 16 D qui pot. 20, 4 Claudius Felix eundem fundum rebus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni tertio loco alii creditori.

21) L. 12 §. 8 D eod.

22) L. 3 D qui pot. 20, 4 cfr. l. 21 D eod.

Offenbar liegt dabei der Gedanke zu Grund, daß ſich kein Pfandgläubiger auf Koſten des Anderen bereichern ſolle. Derſelbe Grundgedanke erklärt aber auch das Aufſteigen eines ſpäteren Pfandgläubigers in einen beſſeren Rang in Folge der hypothekariſchen Succeſſion.

Es iſt nämlich allen Fällen der hypothekariſchen Succeſſion gemeinſam, daß der Pfandgläubiger oder dinglich Berechtigte, der ſie in Anſpruch nimmt, ein vorgehendes Pfandrecht, meiſt eine erſte Hypothek durch Geld oder Geldeswerth getilgt hat. Würde nun trotzdem bloß das Datum der Conſtituirung ſeines dinglichen Rechts berückſichtigt, ſo würden diejenigen Pfandgläubiger, die zwiſchen dem Abfindenden und dem abgefundenen erſten Hypothekar in der Mitte ſtanden, faſt allein den Vortheil von jenem Geſchäft ziehen. Ihre Lage würde verbeſſert auf Koſten des Pfandgläubigers, welcher ſein Geld zur Abfindung des erſten Hypothekars verwendete [23]).

Dieſe Unbilligkeit ſoll ausgeglichen oder vielmehr von vornherein verhütet werden. Zu dieſem Zweck erhält der Abfindende den Rang des Abgefundenen, ſo daß ſich die Lage der dazwiſchenſtehenden Pfandgläubiger durch jene Operation nicht verändert, weder verbeſſert, noch verſchlechtert.

Die hypothekariſche Succeſſion und das privilegirte Pfandrecht wegen in rem versio ſind demnach nur wie die Zweige eines Stammes, verſchiedene Anwendungen deſſelben Grundgedankens [24]).

Die Betrachtung der einzelnen Fälle zu der wir jetzt übergehen, wird unſre Auffaſſung beſtätigen. Wir werden finden, daß bei der hypothekariſchen Succeſſion auf ein ſpäteres Pfandrecht Rang und Stellung eines weggefallenen Pfandrechts übergeht; es wird ſich dagegen ergeben, daß man mit Unrecht in einigen Fällen

---

23) Cfr. l. 3 §. 1 D de in rem verso 15, 3.

24) Eine Andeutung der Verwandtſchaft beider Inſtitute gibt denn auch Ulpian. L. 6 §. 1 §. 2 D qui pot. 20, 4. Item si quis in merces obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est. Tantundem dicetur et si merces horreorum vel areae vel vecurae jumentorum debetur; nam et hic potentior erit.

annimmt, ein altes Pfandrecht löse sich von der alten Obligation und verbinde sich mit einer neuen (s. g. unvollständige Succession) und daß es ebenso unrichtig ist, wenn man behauptet, bei dem jus offerendi des späteren Pfandgläubigers finde sich ein Uebergang der persönlichen und dinglichen Rechte des Vorgängers auf den Successor (s. g. vollständige Succession).

Dieser Nachweis hat ein großes wissenschaftliches Interesse, aber auch eine hohe praktische Bedeutung, indem er uns den sicheren Maßstab zur Entscheidung einer Menge streitiger, praktisch wichtiger Fragen gibt.

§. 2.

Abfindungsgeschäft. Novation.

Der einfachste und wahrscheinlich älteste Fall der hypothekarischen Succession ist folgender[25]): Ein Capitalist übernimmt dem Schuldner gegenüber die Verpflichtung ein auf dessen Sache lastendes Pfandrecht zu tilgen oder macht ihm zu diesem Zweck ein Darlehen und er bedingt sich zum Schutz seiner dadurch gegen den Schuldner entstehenden Ansprüche ein neues Pfandrecht an der Sache, auf welcher die frühere Schuld lastete. Der Kürze wegen wollen wir dies Geschäft in der Folge als Abfindungsgeschäft bezeichnen.

In allen wesentlichen juristischen Momenten gleichartig ist die hypothekarische Succession, welche eintritt, wenn eine Forderung und damit das zu ihrem Schutz bestellte Pfandrecht durch Novation getilgt wird[26]), während für die novirende Forderung ein Pfandrecht an der früher verpfändeten Sache erneuert wird.

Im folgenden wollen wir die Voraussetzungen und Wirkungen beider verwandter Successionsfälle gemeinsam im Einzelnen darlegen. Indem wir in ihr Wesen und ihre juristischen Eigenthümlichkeiten tiefer einzudringen suchen, wird es sich zugleich zeigen, daß es sich bei beiden Successionen um nichts handelt als um Uebertragung der begünstigten Stellung eines untergegangenen Pfandrechts

---

25) Er ist schon Neratius Priscus bekannt, l. 3 D quae res 20, 3.

26) L. 8 D de novat 46, 2 l. 11 §. 1 D de pign. a 13, 7 l. 3 pr. D qui pot. 20, 4 l. 11 §. 5 D eod. L. un C etiam ob chirograph. 8, 27.

auf ein neu constituirtes. Beide Verhältnisse verdienen aber auch eine sorgfältige Prüfung ihrer großen praktischen Bedeutung und Utilität willen. Die hypothekarische Succession *der novirenden Forderung* allein macht es möglich, daß der Gläubiger eine Novation oder Delegation einer pfandrechtlich versicherten Forderung mit Sicherheit vornehmen kann. Die Succession, beim *Abfindungsgeschäft* aber gewinnt eine hohe nationalökonomische Bedeutung durch die Möglichkeit, die sie dem Schuldner eröffnet, sich Capitalien zu verschaffen, um erste Hypotheken mit hohem und drückendem Zins bei günstigeren Geldconjuncturen durch Hypotheken mit mäßigem Zins zu ersetzen; sie gibt ihm die Mittel in die Hand anstatt des ersten Hypothekars, der die ihm verpfändete Sache zu ungünstiger Zeit zu verkaufen droht, einen Gläubiger einzusetzen, der nicht in gleichem Grad des Capitals benöthigt ist; mit einem Wort, sie wendet dem Schuldner für die auf seiner Sache lastenden Hypotheken alle Vortheile einer freien Concurrenz zu.

Was nun die Erfordernisse der hypothekarischen Succession bei beiden Geschäften betrifft, so erscheint als Voraussetzung

1) *Begründung eines neuen Pfandrechts an der früher verpfändeten Sache.* Eine solche Neubestellung wird von den römischen Juristen in allen Fällen erwähnt[27]), in welchen sie von einer Succession bei einer Novation oder dem Abfindungsgeschäft handeln; ja sie erklären ausdrücklich und mit Nachdruck, daß eine Succession nicht beansprucht werden könne, falls die Neuverpfändung unterblieb[28]).

Paulus libro 3 quaestionum l. 3 D quae res pign. 20. 3.

Aristo Neratio Prisco scripsit, etiam si ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata; neque enim

27) L. 3 D qui pot. 20, 4 l. 12 §. 5 §. 8 D eod.

28) Auch bei dem versio in rem wird der gleiche Satz hervorgehoben z. B. l. 17 C de pign. 8, 14. Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit praedium: tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuae pecuniae numeratio in causam pignoris non deduxit cfr. l. 7 Cod. qui potiores 8, 18.

in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore, quo casu emtoris causa melior efficietur.

Neuere Schriftsteller verneinen trotz dieser und ähnlichen Stellen, daß die Begründung eines neuen Pfandrechts zu den Voraussetzungen der hypothekarischen Succession gehören. In der That es verträgt sich ein solches Erforderniß nicht gut mit dem gewöhnlichen System, welches das Wesen der hypothekarischen Succession in den Uebergang des alten Pfandrechts auf den neuen Gläubiger setzt und es ist nicht zu verwundern, wenn man von dieser Annahme aus auf den Gedanken kam, daß es sich bei jener Convention zwischen dem eintretenden Gläubiger und dem Schuldner nicht um eine Neuconstituirung des Pfandrechts, sondern nur um einen Vorbehalt[29]) handle, vermöge dessen der neuen Forderung das alte Pfandrecht erhalten bleiben solle.

Wenn dies aber die Bedeutung jener Convention wäre, so würde offenbar zum Eintrit der hypothekarischen Succession nicht nothwendig sein, daß alle Voraussetzungen ursprünglicher Bestellung eines Pfandrechts vorhanden seien; es würde vielmehr genügen, wenn nur das alte Pfandrecht, das sich der succedirende Pfandgläubiger vorbehalten wollte, noch bis zum Augenblick des Abschlusses des Successionsgeschäfts fortbestand. Wirklich zieht ein neuerer, angesehener juristischer Schriftsteller — ganz consequent — diese Folgerung[30]).

Aber jener Satz ist nicht richtig und steht im Widerspruch mit den Entscheidungen der Quellen. Sie verlangen, wenn der Gläubiger in die Rechte eines früheren succediren will, alle Bedingungen die zur Neubestellung eines Pfandrechts nöthig sind und gehen offenbar von dem Gedanken aus, daß es sich um Begründung eines neuen Rechts, nicht um die Fortdauer des alten handle. Namentlich sind folgende zwei Stellen, die man in dieser Hinsicht noch nicht benutzt hat, für das richtige Verständniß unseres Verhältnisses von großer Wichtigkeit.

L. 2 D, pigneratitia actione. 13 7.

---

29) Vgl. z. B. Puchta §. 213. 2.

30) Arndts Pandecten §. 374 a. E.

Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit tuque ei nummos credidisti, quos illi solveret creditori, cui pignus dederat, tibique cum eo convenit, ut ea res quam jam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis; ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere coepisse, neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum.

Der Schuldner verkauft und tradirt eine verpfändete Sache und schließt nachher noch einen Vertrag mit einem Capitalisten, wonach dieser Geld zur Befreiung der Pfandsache herschießt, dagegen sich statt des abgefundenen Gläubigers ein Pfandrecht an derselben bedingt.

Wäre es nun möglich, daß sich der abfindende Capitalist das alte Pfandrecht *vorbehielte*, so ließe sich der angeführten Convention die Gültigkeit nicht absprechen. Denn das früher begründete Pfandrecht bestand natürlich auch nach dem Verkauf und nach der Tradition an den Käufer fort und konnte immer noch durch Vertrag oder gesetzliche Bestimmung einem *Cessionar* übertragen werden.

Pomponius aber erklärt jene Pfandconvention als wirkungslos und fügt als Grund zu, daß der Verkäufer an einer ihm bereits nicht mehr gehörenden Sache ein Pfandrecht nicht bestellen könne; er faßt also offenbar die Pfandbeabredung behufs einer hypothekarischen Succession nicht als Vorbehalt des *alten* Pfandrechts, sondern als Bestellung eines *neuen*. — Von nicht geringerer Beweiskraft ist folgende Stelle von Paulus:

L. 30 D. de novat. 46, 2. libro 5 responsorum

Paulus respondit: si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, ita ut a prima obligatione in universum discederetur, rursum easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse.

Für einen Schuldner, welcher dem Gläubiger seine Güter verpfändet hatte, tritt Sempronius expromittirend ein und verpfändet dabei die früher verpfändeten Güter des ausscheidenden Schuldners dem novirenden Gläubiger aufs neue. Handelte es sich bei solchen Conventionen nur um die Fortdauer des alten Pfand-

rechtes, so könnte über die Gültigkeit dieses Geschäfts kein Zweifel sein.

Paulus dagegen erklärt die neue Pfandbestellung für ungültig, falls nur Sempronius wirklich eine Novation beabsichtigte und der neue Schuldner nicht etwa neben dem alten haften, sondern anstatt desselben eintreten sollte. Der Grund seiner Entscheidung kann nur in der Ansicht liegen, daß im Augenblick, in welchem die alte Forderung novirt wurde, auch das alte Pfandrecht erlosch; daß es trotz eines Vorbehalts die Existenz der Forderung, mit der es verknüpft war, nicht überdauern konnte. Nur wenn ein neues Pfandrecht nothwendig ist, ist es natürlich, daß der frühere Schuldner und Eigenthümer der Pfandsache zur erneuten Verpfändung consentiren muß und daß der Vertrag mit dem Intercedenten in keiner Weise genügt.

Gegen die Auffassung, daß der hypothekarischen Succession in den angeführten Fällen stets ein neues Pfandrecht zu Grunde liege, ließe sich vielleicht der Umstand anführen, daß der Vormund ohne Decret ein verpfändetes Pupillengütern eine hypothekarische Succession constituiren kann, während ihm doch nach der Oratio Severi jede Veräußerung und Verpfändung unbeweglicher Güter ohne Dekret (speciell der praedia rustica und suburbana) untersagt ist. So gewichtig dieser Einwurf auf den ersten Blick scheint, so würde er doch eine nähere Prüfung nicht aushalten. Allerdings entscheidet Ulpian.

L. 7 §. 5 §. 6 D de rebus eorum, qui sub tutela 27, 9.

Si obligavit rem tutor sine decreto quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus, sed tunc quum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore creditor erat. Item videndum est an et obligare ei rem possit, et dicendum est, si eandem sortem acceperit, nec gravioribus usuris, valere obligationem, ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat.

Der Gläubiger, welchem ein Tutor eine Sache des Pupillen verpfändet, um mit dem entlehnten Geld frühere Pfandrechte an denselben zu tilgen soll nicht nur, wenn er im Besitz der Pfandsache ist, eine exc. doli zur Zurückhaltung derselben bis zur Erstattung des Darlehens erhalten; sondern es soll die Verpfändung selbst als gültig betrachtet werden, und es soll das neue Pfand-

recht die rechtliche Stellung des abgefundenen erhalten, falls nur die neue Forderung nicht lästiger ist, als die alte, und die Partheien die Absicht hatten die neue Forderung an die Stelle der alten zu setzen.

Die Entscheidung Ulpians ist durchaus zu billigen; nur würden wir sehr unrecht thun, die Gültigkeit des besprochenen Geschäfts etwa daraus zu erklären, daß in demselben der Vorbehalt eines alten Pfandrechts, keine Neuverpfändung enthalten sei. Der Grund der Rechtsbeständigkeit der Verpfändung ohne Decret liegt vielmehr darin, daß unser Rechtsverhältniß, wenn es auch unter den Wortlaut des Senatusconsults gezogen werden kann, doch nach dessen Sinn und Geist von dessen Bestimmungen nicht betroffen wird. Denn die Absicht desselben ist dem Pupillen seine Immobilien in dem Zustand zu erhalten, in dem er sie überkam und nur zu diesem Zweck tritt es jeder Veräußerung und Verpfändung entgegen. Bei der hypothekarischen Succession wird aber ein Pfandrecht bestellt, das nur die Stelle eines bereits bestehenden einnimmt. Die Sache wechselt nur die Last mit einer gleichen Last; die Lage des Pupillen ist unverändert und eben deßhalb ist das Gesetz unanwendbar.

Diese Auffassung [31]) deutet bereits Marcian an, wenn er sagt:

L. 12 D de rebus 27, 9.

Non fit contra Senatusconsultum, si cujus tutor creditori patris pupilli exsolvat, ut ejus loco succedat.

In ähnlicher Weise erklärt sich folgende Entscheidung von Scävola [32]): Der Erblasser hatte seinem Erben verboten gewisse Grundstücke zu veräußern oder zu verpfänden und bestimmt, daß sie den ehelichen Nachkommen und Cognaten erhalten werden sollten. Der Erblasser selbst aber hatte jene Grundstücke bereits bei Lebzeiten einem Gläubiger verpfändet und sein Sohn und Erbe verpfändete sie dann später aufs neue, um das vom Erblasser bestellte Pfandrecht abzulösen. Scaevola über die Gültigkeit der Neuverpfändung befragt, erklärt sich für dieselbe trotz der testamentarischen Bestimmung (respondit secundum ea, quae proponerentur, pignus recte contractum). Die Intention des Erblassers ging nur dahin, seinen Kindern und Cognaten die ihnen

31) Cfr. l. 7 §. 14 D ad S. C. Maced. 14, 6.
32) L. 38 pr. D de leg. III.

zugedachten Grundstücke, in dem Zustand zu erhalten, in welchem er sie hinterließ und eine Verpfändung, welche die Lage der Grundstücke nicht weiter verschlechtert, fällt nicht unter das testamentarische Verbot.

Wenn nun aber die neue Pfandconvention nicht als Vorbehalt des alten Pfandrechts zu betrachten ist, so versteht es sich doch nach allgemeinen Sätzen von selbst, daß sie bereits vor dem Untergang des alten Pfandrechts abgeschlossen sein muß, wenn das neue Pfandrecht an die Stelle des alten treten soll. Hätte etwa ein Capitalist die Abfindung des ersten Hypothekars bereits vorgenommen und der Schuldner würde sich nachher noch entschließen ihm ein Pfandrecht an der Pfandsache einzuräumen, so würde doch ein Einrücken in die Stellung des Abgefundenen nicht stattfinden können; denn die Lage der in der Mitte stehenden Gläubiger wäre durch die Abfindung ihres Vorgängers bereits verbessert und kann durch einen späteren Akt des Schuldners, wodurch er freiwillig dem Abfindenden ein neues Pfandrecht schafft, nicht verschlechtert werden. Ob dagegen die neue Hypothek eine vertragsmäßige oder auch eine gesetzliche ist, scheint mir für die hypothekarische Succession gleichgültig und der Umstand, daß die Quellen stets nur die Bestellung eines neuen Conventionalpfandes erwähnen, nur zufällig, denn der allgemeine Grundsatz, daß sich kein Pfandgläubiger auf Kosten des Anderen bereichern soll, kommt auch dem gesetzlichen Pfandgläubiger zu Gute, und muß ihm den Eintritt in die Stelle eines aus seinen Mitteln abgefundenen Pfandgläubigers verschaffen, wie er ihm das Privileg wegen versio in rem verleiht.

Auch der Umstand ist wohl für die hypothekarische Succession ohne Bedeutung, ob der neue Pfandgläubiger sich bloß an der früher verpfändeten Sache ein Pfandrecht bestellen ließ oder ob er zu mehrerer Sicherheit noch Pfandrechte an anderen Sachen hinzufügte; man kann nicht etwa sagen, daß der Gläubiger durch Annahme neuer Pfänder auf den Eintritt in den Rang des abgefundenen Gläubigers verzichtete. In der That finden wir wenigstens in Bezug auf die Novation eine Entscheidung Papinians in diesem Sinn [33]).

33) L. 3 D qui pot. 20, 4. Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora

Daraus folgt, daß die hypothekarische Succession auch dann eintritt, wenn für die neue Forderung am Vermögen des Schuldners ein generelles Pfandrecht bestellt wird, falls sich die für die frühere Forderung verpfändete Sache noch in diesem Vermögen befindet.

Der Gläubiger, welcher sich nicht in irgend einer Weise eine Hypothek an der Sache verschafft, die er entlastete, kann eine hypothekarische Succession nicht beanspruchen. Doch ist er, auch wenn er die Bestellung einer Hypothek verabsäumte, dann nicht ohne allen Schutz, falls er den Besitz der von ihm befreiten Sache erhielt. Er kann sich dann durch exc. doli gegen die Klage der Pfandgläubiger, denen jene Abfindung zu Gute kam, solange vertheidigen, bis er für seine Auslagen entschädigt ist[34]).

Ebensowenig succedirt der negot. gestor, welcher einen Pfandgläubiger mit eignem Gelde abfand, in dessen Stelle; aber er hat (dann, wenn er sich nicht Cession der Rechte des ersten Pfandgläubigers zu verschaffen wußte), wie Papinian[35]) ausdrücklich hervorhebt, solange er sich im Besitz der Pfandsache befindet, eine exceptio doli bis zum Ersatz seiner Auslagen.

2) Das neue Pfandrecht succedirt nur dann an die Stelle des alten, wenn die Partheien von Anfang an die Absicht hatten, die alte Pfandforderung durch die neu versicherte Forderung zu tilgen und wenn dieser Zweck wirklich erreicht würde. Dies gilt principiell sowohl für die Succession bei der Novation als beim Abfindungsgeschäft.

Allein beide Momente sind bei der Novation einer Forderung unmittelbar gegeben. Zur Vornahme einer Novation ist nach der Eigenthümlichkeit des Geschäfts nothwendig, daß die Partheien beabsichtigten, die novirende Forderung an die

---

prioribus addidit, superioris temporis ordinem munere primo creditori placuit, tamquam in suum locum succedenti. cfr. l. 12. §. 5 D qui potiores 20, 4.

34) Anton Faber c. 8 t. 9 def. 7. — Negusantius de pignoribus p. V. m. 3. n. 3.

35) L. 1 D quib. modis pignus 20, 6.

Stelle der alten zu setzen; und durch die in der Novation liegende Tilgung der alten Forderung wird diese Absicht unmittelbar realisirt. Hier kann nur fraglich werden, wie es sich verhalte, wenn mehrere Forderungen behufs der Novation zusammengefaßt werden und für die ganze, neu entstehende Forderung ein Pfandrecht erneuert wird, obgleich mit der Pfandforderung zugleich, andere bloß chirographarische Forderungen novirt werden? Da die novirende Forderung in diesem Fall nur zu einem Theil an der Stelle der alten Pfandforderung steht, so folgt, daß die Priorität nur auf den Theil übergeht, welcher deren Betrag entspricht; für die darüber hinaus gehende Summe steht das neue Pfandrecht den in der Zwischenzeit begründeten Pfandrechten nach; so daß es für verschiedene Beträge einen verschiedenen Rang erhält[36]).

Weit schwieriger wird es oft beim Abfindungsgeschäft sein zu bestimmen, ob die neue Forderung an die Stelle der alten trat. Hierbei ist aber von Wichtigkeit, was man gewöhnlich übersieht, daß das Abfindungsgeschäft in ganz verschiedenen Formen vorkommt.

Die gewöhnlichste Form ist, daß ein Capitalist dem Schuldner gegenüber die Verpflichtung übernimmt, einen Pfandgläubiger abzufinden und daß er diesen dann selbst aus seinen Mitteln abzahlt[37]). Diese Art des Geschäfts, welche sich technisch-juristisch nicht als Darlehensobligation, sondern als Mandat qualificirt und keine actio ex mutuo, sondern eine actio mandati contraria des Gläubigers erzeugt, der die Vorhypothek tilgte, wird schon deßwegen vom Capitalisten vorgezogen werden, weil er dabei dem Schuldner die nothwendigen Geldsummen nicht direkt anvertraut und sich also auch der Gefahr nicht aussetzt, daß dieser sie zu anderweitigen Zwecken verwendet. Bei dieser Form ist es aber auch unmittelbar aus der Darlegung des Geschäfts klar, daß die neue Forderung an der Stelle der alten steht. Schon deßhalb wird der Capitalist gut daran thun, diese Form zu wählen.

Es kann aber auch vorkommen — was man nur nicht, wie es meistens geschieht, als den einzigen Modus unseres Geschäfts

36) Cfr. l. 12 §. 5 D qui pot 20, 4.

37) L. 3 D. quae res pign. 20, 3.

auffassen darf — daß der Gläubiger dem Schuldner die Darlehenssumme auszahlt und daß dann der Vorhypothekar vom Schuldner in Folge jenes Darlehens abgefunden wird.

Damit in solchem Fall eine Succession eintrete, ist vor allem nachzuweisen, daß die Partheien sofort bei Contrahirung des Darlehens festgestellt hatten, daß die Darlehenssumme zur Tilgung einer Vorhypothek verwendet werde. Denn wenn der Schuldner den Erlös eines Anlehens freiwillig zur Tilgung anderer Hypotheken benützt, erfolgt eine hypothekarische Succession des Darleihers niemals; die Lage der in der Mitte stehenden Pfandgläubiger wurde hier ja nicht durch den Darleiher gebessert, sondern durch die freie Entschließung des Schuldners.

Fraglich könnte nur folgender Fall sein. Der Schuldner nahm ein Darlehen auf und verpfändete eine Sache, ohne daß die Tilgung von Vorhypotheken Zweck des Geschäfts war (indem er etwa die Summe im Anfang zu anderweitigen Anschaffungen, Meliorationen u. dergl. verwenden wollte); hinterher aber autorisirt er den Gläubiger selbst die Darlehenssumme einem Vorhypothekar auszuzahlen. Auch hier möchte die Succession zu verwerfen sein, da sich die in der Mitte stehenden Gläubiger darauf berufen können, daß der Darleiher nicht in Folge eines Rechts, das er sich von Anfang an stipulirte, sondern im Auftrag des späteren Schuldners, welcher dem Rechtsgeschäft keinen neuen Charakter aufdrückte, zahlte; daß demnach die Zahlung an den Vorhypothekar nicht sowohl aus den Mitteln des Gläubigers als den Mitteln des Schuldners welchen jener vertritt, erfolgte.

Es genügt aber zur Succession nicht, daß das Darlehen den Zweck hatte, die Vorhypothek zu tilgen; die Tilgung muß auch wirklich aus dem Darlehen erfolgt sein. Und ob dies der Fall ist wird bei unserem Verhältniß nicht selten juristisch zweifelhaft und faktisch schwer nachweisbar sein.

Alles ist freilich klar, wenn der Schuldner die Geldstücke selbst, die er empfing, etwa in den Rollen, in denen sie ihm eingehändigt waren, dem Vorhypothekar auszahlte. Hierbei muß es auch ganz gleichgültig sein, ob zwischen Empfang und Auszahlung kürzere oder längere Zeit verfloß.

Wie aber wenn die Auszahlung der entliehenen Geldstücke

selbst nicht zu erweisen ist, oder wenn es etwa feststeht, daß der Schuldner die geliehenen Gelder in sein Vermögen verwendet hat und hinterher den Vorhypothekar mit anderen Geldstücken abfand?

Man würde, wie mir scheint, unrecht thun, in solchen Fällen ohne Unterscheidung jede hypothekarische Succession zu verwerfen; denn bei Geldgeschäften kommt es nicht sowohl auf die einzelnen Stücke, als auf den dem Vermögen ab- und zufließenden Werth an. Und deßwegen möchte folgendermaßen zu entscheiden sein.

Benutzte der Schuldner das Darlehen um sein Vermögen dauernd zu vergrößern, machte er mit den geliehenen Geldstücken etwa Anschaffungen z. B. Aktien und zahlte er dann später aus dem Verkaufspreis dieser Anschaffungen oder aus deren Ertrag den Vorhypothekar ab, so rückt der Darleiher in die Stelle des abgefundenen Vorhypothekars. Und auch wenn dergleichen nicht nachweisbar ist, möchte nach dem Zeugniß der Quellen[38]), die Abzahlung aus dem Darlehen regelmäßig anzunehmen sein, wenn zwischen dem Empfang des Darlehens und der Abfindung des Vorhypothekars nur ganz kurze Zeit liegt; eine Bestimmung, deren Zweck ist minutiöse Untersuchungen über Zusammensetzung eines Vermögens und die Verwendung des Darlehens abzuschneiden.

Dagegen kann eine Succession nicht beansprucht werden, wenn der Schuldner erweislich die geliehene Summe verschwendete, in unglücklichen Spekulationen verlor und später der Schuldner den Vorhypothekar aus eigenen Mitteln abzahlt. Und jedenfalls tritt die Succession dann nicht ein, wenn der Schuldner den Vorhypothekar aus dem Ertrag eines neuen Anleihens, das ihm ein Dritter macht, abfindet.

Der Abzahlung des Vorhypothekars steht nach allgemeinen Grundsätzen gleich, wenn ihm die volle Geldsumme angeboten ist und dieselbe im Fall der Nichtannahme ordentlicherweise deponirt wurde. Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß das Angebot zu gehöriger Zeit erfolgte, daß also nicht ein Termin zu Gunsten des Gläubigers zugefügt war; ob aber das Angebot vom Schuldner oder einem Nachhypothekar geschah, ist für die Tilgung gleichgültig.

---

38) L. 24 §. 3 D de rebus auct jud. 42, 5.

3) Manche Juristen [39]) fordern zum Eintritt einer hypothekarischen Succession noch außer den angeführten Bedingungen, daß der Succedirende sich für sein neues Pfandrecht besonders Rang und Stellung des abzufindenden Hypothekars ausbedungen habe; ich halte dies indessen nicht für nothwendig, obgleich man nicht ohne Schein eine Entscheidung von Severus für die Nothwendigkeit einer solchen besonderen Stipulation anführt.

Dem Schuldner steht eine Disposition über den Rang der Pfandgläubiger durchaus nicht zu; der bessere Rang, der zuweilen einer späteren Hypothek gegeben wird, ist nicht Folge der Einräumung desselben durch den Schuldner, vielmehr ist er aus inneren Gründen dem späteren Pfandrecht zugetheilt. Wenn aber die Succession direkter Gegenstand der Verfügung der Partheien gar nicht sein kann, warum soll eine Convention über dieselbe, zur formellen Bedingung derselben gestempelt sein?

Auch wird in allen Stellen, welche die hypothekarische Succession bei einer Novation erwähnen, stets nur Bestellung eines Pfandrechts an der früher verpfändeten Sache gefordert und es findet sich keine Spur davon, daß auch noch ein Vertrag über Eintreten in die alten Privilegien nöthig sei. Was aber in dieser Beziehung bei der Novation galt, muß auch im Fall einer Abfindung des ersten Gläubigers Rechtens sein.

In der That hat Paulus in dem oben angeführten l. 3 D quae res pign. 20, 3 indem er auf die Erfordernisse der hypothekarischen Succession beim Abfindungsgeschäft näher eingeht, eine besondere Stipulation über Eintritt in den Rang des abgefundenen Gläubigers nicht gefodert, woraus sich nach der Haltung der Stelle mit Bestimmtheit schließen läßt, daß er sie überhaupt nicht für nöthig hielt. Und da wir einen Widerspruch zwischen den Entwickelungen von Paulus und den Verordnungen des gleichzeitigen Kaisers Severus nicht leicht annehmen können, so ist es nicht wahrscheinlich, daß der Kaiser in folgendem Rescript noch andere Bedingungen setzen wollte.

---

39) So schon Glosse zu l. 3 D 20, 3 n. 9 Sed quaeritur, an cogatur offerre secundus creditor tertio vel emptori quando non fuit pactum, ut loco primi creditoris tertius creditor vel emptor succederet. Resp. non. und Viele Spätere.

L. 1 C. de his, qui in priorum 8, 19.

Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi quorum pecunia ad creditorem transiit. Hoc enim tunc observatur, quum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat. Quod quum in tua persona factum non est (judicatum enim est te pignora non accepisse) frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae[40]) ad eam rem pertinentis.

Dem Kaiser lag bei unserem Rescript ein Fall vor, in welchem eine Vorhypothek mit dem Geld des Anfragenden getilgt war, in welchem aber, wie bereits rechtskräftig feststand, eine Hypothek nicht bestellt war und außerdem nicht constirte, daß die Partheien von Anfang an vertragsmäßig die Abfindung des Vorhypothekars in Aussicht genommen hatten.

Indem nun der Kaiser in seiner Antwort hervorhebt, daß eine Succession nur eintrete, wenn die Partheien beabsichtigt hätten, das neue Rechtsverhältniß an die Stelle des alten zu setzen; bedient er sich der Worte, die Partheien müßten convenirt haben, das neue Pfandrecht solle an die Stelle des alten treten; darin liegt aber gewiß nicht der einzig mögliche Ausdruck für jene Absicht[41]) und die Verabredung ut antecedens dimitteretur, würde ohne Zweifel nicht weniger genügt haben, als die angedeutete Formel[42]).

Das bisher Ausgeführte wird uns noch deutlicher, wenn wir das analoge Verhältniß der versio in rem ins Auge fassen. Das Privilegium welches an diese geknüpft ist, ist wie die hypothekarische Succession davon abhängig, daß die Absicht von Anfang an feststand, die Lage der Pfandsache zu verbessern und es kann ein Darlehensgeber, selbst wenn er sich eine Hypothek bestellen ließ, nicht um deßwillen ein Privilegium in Anspruch nehmen,

40) Wahrscheinlich die l. 1 C qui potiores 8, 18.

41) Vgl. Puchta Pand. §. 213. N. 6.

42) In l. 12 §. 8 D qui pot. 20, 4 hatte der Tertius daher nur zum Ueberfluß jene Clausel zugefügt. Tertius deinde aliquis dat pecuniam mutuam tibi, ut Titio solveres et paciscitur tecum ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum ejus subeat. Diese vorsorgliche Bestimmung der Parthei kann natürlich nicht beweisen, daß sie nothwendig sei.

weil der Schuldner die von ihm dargeliehenen Summen freiwillig zur Erhaltung der Pfandsache verwendete. Dagegen ist durchaus nicht gefordert daß sich der Pfandgläubiger noch besonders den Eintritt in einen bessern Rang in Folge der in rem versio stipulirte.

§. 3.

Fortsetzung. Bedeutung der hypothekarischen Succession im Fall der Novation und des Abfindungsvertrages.

Die hypothekarische Succession bewirkt in den besprochenen Fällen *nicht den Uebergang des alten Pfandrechts auf die neue Forderung*.

Dies ergibt sich, wie ich glaube, schon zu völliger Ueberzeugung aus der von uns nachgewiesenen Thatsache, daß dem neuen Gläubiger ein *neues* Pfandrecht bestellt werden muß und daß diese Bestellung unumgängliche Bedingung der Succession ist. Schlecht entspräche es der Oeconomie des Rechts, wenn sich zu dem vom Schuldner constituirten *neuen* Recht in anomaler Weise noch ein anderes dem abgefundenen Gläubiger entlehntes gesellen würde, wie dies die Postglossatoren[43]) annahmen. Und was soll der Zweck der Neubestellung durch den Schuldner sein, wenn doch allein das vom früheren Pfandgläubiger übertragene Wirksamkeit haben soll?

Den Quellen ist denn in der That der Erwerb eines Pfandrechts *Voraussetzung* der hypothekarischen Succession, aber nirgends führen sie den Erwerb des alten Pfandrechts als *Folge* der hypothekarischen Succession an. Nur das Aufsteigen des neuen Pfandrechts zum Rang des alten und Uebergang anderer einzelner Vortheile, die dem alten Pfandrecht zu gute kamen, auf dasselbe erscheinen ihnen als Wirkungen der Succession.

---

43) Bartolus in l. 3 D quae res pign. — Negusantius de pign. p. 5, m. 3, n. 45. Et sic isto ultimo casu mutuans habet *duas* hypothecas, unam ex *persona primi creditoris* in cujus jus successit vigore pacti, alteram ex *persona sua*, vigore conventionis et hypothecae sibi concessae a debitore pro suo mutuo.

Zu diesen Vortheilen, die das neue Pfandrecht vom alten entlehnt gehört auch, daß der neu eintretende Pfandgläubiger solche dem ersten Pfandgläubiger vom Schuldner bewilligten günstige Bestimmungen anrufen kann, die ihm selbst nicht aufs neue besonders zugestanden waren. Hierbei ist aber nicht außer Acht zu lassen, daß das Aufrücken in den höheren Rang in Folge der allgemeinen Gesetze der Billigkeit erfolgt, während das Recht zur Geltendmachung dieser Conventionen nur auf einer Interpretation des Willens des Verpfänders beruht. Denn indem der Schuldner den Willen ausspricht, daß das neue Pfandrecht an die Stelle des früheren treten soll, verspricht er zugleich, daß der neue Pfandgläubiger alle Vortheile erhalten, alle günstigen Conventionen benützen soll, die dem ersten eingeräumt waren.

Dies geht, wie Paulus ausführt, soweit, daß der zweite Pfandgläubiger jene Vortheile selbst dann erhält, wenn der Schuldner bei der Constituirung des neuen Pfandrechts an den Abfindenden sie angeblich nicht aus Vergessenheit übergieng, sondern in der Absicht sie dem zweiten Gläubiger zu entziehen. Indem die Partheien convenirten, daß das neue Pfandrecht an die Stelle des alten trete, haben sie die Bedingungen zugleich erneut, welche jenem zustanden; und dies Recht kann dem neuen Pfandgläubiger durch ein bloßes, immerhin zweideutiges Stillschweigen nicht entzogen werden. So erklärt sich, daß Paulus in der bereits oben theilweise besprochenen l. 3 D quae res pignori, nachdem er die Voraussetzungen des Abfindungsgeschäfts festgestellt hat, fortfährt:

Paulus libro 3 quaestionum.

Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne possit vendere, videamus an dici possit, hucusque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo. Saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

Soll, fragt Paulus, die rechtliche Stellung des ersten Pfandgläubigers insoweit dem zweiten zu Gute kommen, daß er auch das Verkaufsrecht geltend machen kann, welches jenem zustand?

Schon die Stellung der Frage zeigt, daß der zweite Pfand-

gläubiger ein neues Pfandrecht erhält, auf welches einzelne Berechtigungen des früheren übergehen. Läge ein Uebergang des alten Pfandrechts selbst vor, so würde es sich von selbst verstehen, daß es mit allen seinen Eigenthümlichkeiten und Privilegien überginge; es bedürfte der Untersuchung nach dem Uebergang einzelner Vorrechte nicht.

Paulus wehrt nur den Einwand ab, daß man in Folge von Verträgen Fremder nichts erwerben könne. Oft, sagt er, nützt uns auch die günstige Stellung Fremder (extranei)[44]. Er betrachtet demnach den ersten Pfandgläubiger als einen Fremden nicht als den Autor der Rechte des zweiten.

Natürlich wäre die Entscheidung von Paulus anders ausgefallen, wenn dem neuen Pfandgläubiger in dem Vertrag mit dem Schuldner ausdrücklich die dem Vorgänger günstigen Verkaufsverabredungen entzogen worden wären; denn vor der ausdrücklichen Willensmeinung der Contrahenten hätte ein Schluß auf einen vermuthlichen Willen nicht bestehen können. Ebenso ist klar, daß der neu eintretende Gläubiger, welcher umgekehrt günstigere Bedingungen ausgemacht hatte, als dem ersten eingeräumt waren, die ihm ausdrücklich verliehenen Vorrechte ausüben könnte, auch wenn er die Succession in die Stelle des Ersten in Anspruch nimmt.

Die Ueberzeugung, daß die Wirkung unserer Succession nicht Uebergang des alten Pfandrechts auf den neuen Gläubiger sondern nur Verbesserung der Lage des späteren Pfandrechts ist, wird wesentlich gefördert, wenn wir einen Blick auf die verschiedenen Versuche der Schriftsteller werfen, unser Verhältniß von einem andern Standpunkt aus zu erklären.

Haubold[45] in einer besondern Abhandlung über die hypothekarische Succession führt dieselbe auf eine wirkliche Cession des alten Pfandrechts zurück, indem er behauptet, der Vorhypothekar, dem ein Nachfolger Zahlung anbietet, sei zur Vornahme einer solchen Cession verpflichtet; im Fall des Ungehorsams aber nehme sie der Richter als geschehen an. — Damit gibt

44) Cfr. l. 10, §. 1 D quae in fraudem 42, 8 und überhaupt S. 3.
45) De jure offerendi IV. 2 in opusc. ed. Wenck I. S. 601.

er aber dem Institut einen neuen, den Quellen unbekannten Charakter. — Die Römer erwähnen in Bezug auf unser Verhältniß nirgends der Cession, die jene Theorie zur Quelle der Succession machen will, und nirgends geben sie ein Klagmittel, wodurch der Vorhypothekar zur Abtretung seiner Rechte genöthigt werden kann[46]; den Römern ist die Neubegründung eines Pfandrechts in der Person des Successors Voraussetzung der Succession und gerade diese Thatsache ignorirt jene Theorie. Und wie erklärt dieselbe die Succession des Gläubigers, der seine eigene Forderung novirt, in den Rang den er früher innehatte? Sie muß consequent eine Cession des novirenden Gläubigers an sich selbst annehmen; eine juristische Erscheinung die ohne Analogie dastünde. Weniger doktrinär haben andere Schriftsteller[47] eine gesetzliche und fingirte Cession des alten Pfandrechts auf den neuen Gläubiger angenommen; aber auch dieser Ansicht stehen, wie wir bereits in der Einleitung zeigten, die gewichtigsten Bedenken entgegen, auch diese Ansicht vermag namentlich nicht zu erklären, warum die Quellen Reconstituirung eines Pfandrechts in der Person des Successors verlangen.

In neuerer Zeit endlich hat man behauptet, in den besprochenen Fällen der Succession gehe zwar das alte Pfandrecht unter, aber es *erhalte* sich Priorität und Verkaufsrecht und es trete nur ein Wechsel der Personen ein, die sie besitzen[48]. Diese Anschauungsweise, die bloßen *Qualitäten* des alten Rechts eine selbstständige Existenz zuschreibt und eine Fortdauer derselben nach dem Untergang des Pfandrechts wie einen Uebergang auf andere Personen annimmt, ist offenbar nicht richtig. Das neue Pfandrecht erhält eine innere Verbesserung, nicht bloß einen äußerlichen Zuwachs jener Qualitäten.

Gedenken wir auch noch mit einem Worte des eigenthümlichen Wegs, den ein älterer Jurist, *Beemann*[49], einschlug. Wenn der

---

46) Cfr. l. 5 C de solut 8, 43. S. 5.

47) Schon Bartolus l. 3 D quae res pignori. — Cfr. Mühlenbruch §. 45, S. 486, Puchta Pand. §. 213, Arndts Pand. §. 374.

48) Bachofen S. 528.

49) Beemann de successione hypothec. 1782 §. 14 ff.

Schuldner dem Gläubiger zahle, meint er, so trete das Pfandrecht aus dem Eigenthum des Gläubigers in das des Schuldners zurück; es sei daher dessen Willkühr anheimgestellt, ob er das Pfandrecht mit seinem Eigenthum vereinigen oder einem Dritten verleihen wolle. Und aus diesem Grund sei der Vertrag des Schuldners über Ueberlassung einer ersten Hypothek mit einem Capitalisten, der ihm zur Abfindung das Geld vorschoß, vollkommen gültig.

Diese Auffassung gibt vielleicht eine allgemeine Vorstellung von der Rechtmäßigkeit unseres Instituts, aber ihre Voraussetzungen sind, trotz eines dialektischen Scheins, durchaus unrömisch. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß durch die Zahlung das Pfandrecht des Gläubigers getilgt wird, daher in keiner Weise in das Eigenthum des Schuldners zurückkehrt, noch weniger aber wieder weiter übertragen werden kann.

Eine interessante Frage, welche aber die deutsche Jurisprudenz völlig mit Stillschweigen übergeht, ist, wie sich die Pfandrechte ordnen, wenn ein späterer Gläubiger die erste Hypothek nur theilweise abzahlt und sich ein Pfandrecht vom Schuldner bestellen ließ, oder auch wenn Mehrere hintereinander den ersten Hypothekar stückweise abgefunden haben und sich successive eine Hypothek bestellen ließen.

Ordnen sich dann diese verschiedenen Pfandrechte, welche ohne Zweifel alle den in der Mitte stehenden Hypothekarien vorgehen, wieder unter einander nach dem Datum ihrer Entstehung oder stehen sie sich gleich, oder hat gar etwa das später constituirte den Vorzug?

Wenden wir uns zunächst zu dem einfacheren Fall, daß der erste Hypothekar A von dem Capitalisten B zu einem Theil abgezahlt wurde, während ein Theil der Pfandforderung bei A stehen blieb. Eine gewisse Billigkeit scheint dann für den Vorrang des Abzahlenden zu sprechen. Man denke das Pfand hat im Augenblick des Verkaufs nur den Werth von 2000; A hatte eine Forderung von 4000 und darauf hat B 2000 abgezahlt. Hier, könnte man sagen, hat A Alles erhalten, was er ohne Dazwischenkunft des B aus dem Verkauf des Pfandobjekts erhalten konnte; es ist billig, daß sich B vor Allem für seine Auslage an den A aus

dem Pfand entschädige. — Mir schiene dies indessen nicht richtig; die theilweise Abzahlung durch den B kann das Pfandrecht des A für den Rest, der stehen bleibt, so wenig verschlechtern, als wenn ihn der Schuldner nur zum Theil gezahlt hätte. Er konnte von Anfang in Bezug auf seine Forderung frei entscheiden, welchen Theil er zuerst aus dem Pfandverkauf tilgen will, welchen Theil er erst nachher gewissermaßen als zweite Hypothekenforderung betrachten will; und so ist er auch jetzt noch berechtigt auf den Theil, der bei ihm stehen bleibt, zuerst abzurechnen. Der erste Hypothekar wird demnach regelmäßig den Vorrang behalten, und der Abfindende sich mit der zweiten Stelle begnügen müssen.

Ueberträgt man nun dies Resultat auf den Fall, wenn Mehrere die Forderung des Vorhypothekars *successive* abtrugen, A 1000 im Jahr 1850, B 1000 im Jahr 1852, C 2000 im Jahr 1853, so kommt man zur Consequenz, daß der spätere Pfandgläubiger C den früheren B und A vorangehe[50]). Hat doch C ein dem A und B *noch vorgehendes* Pfandrecht aus eigenen Mitteln getilgt, so daß ihre Lage durch das Aufsteigen des C nicht verändert wird.

Die entwickelten Sätze haben jedoch nur dann Geltung, wenn nicht von vornherein das Pfandrecht des ersten Hypothekars *zunächst* für gewisse Theile seiner Forderung bestimmt war, so daß andere Theile der Forderung erst nachher zur Anrechnung kommen sollen. Eine solche successive Anrechnung findet sich aber regelmäßig bei Forderungen, die nur ratenweise zu verschiedenen Zeiten fällig werden, wie sich dies ergibt aus l. 13 D qui pot. 20, 4.

Insulam tibi vendidi et dixi prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque secuturum. Nerva Proculus nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, jus omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur; si quid superesset, ad te. Paulus: facti quaestio est, sed verisimile

50) A. Ansicht Pothier oeuvres V, p. 159 cfr. cod. civ. art. 1252.

est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur.

Wenden wir den hier angegebenen Satz, daß regelmäßig ein Pfandrecht zunächst zur Deckung der zuerst fälligen Rate und dann erst der folgenden bestimmt ist, auf die theilweise Abfindung eines Vorhypothekars an, so folgt, daß derjenige, welcher dem Vorhypothekar die erste fällige Rate abzahlte, den Vorrang erhält. Und dies gilt sowohl dann, wenn der Vorhypothekar nur für die erste Rate abgefunden ist, während er die anderweitige Pfandforderung behält, als wenn der erste Pfandgläubiger successive für alle Jahresraten abgefunden wurde.

§. 4.

Succession des Käufers.

Mannigfache Schwierigkeiten bietet nach der gewöhnlichen Ansicht ein dritter Fall der hypothekarischen Succession. Der Käufer, welcher vom Schuldner eine mit Hypotheken belastete Sache erwirbt und sich ausbedingt, daß der Kaufpreis zur Abzahlung einer Vorhypothek verwendet werde, tritt in die Rechte des abgefundenen Gläubigers. Es ist einleuchtend, daß auch diese Art der Succession höchst billig ist und daß sie sich eng an den Fall anschließt, in welchem ein Capitalist sich wegen der Abfindung von Vorhypothekarien ein Pfandrecht bestellen läßt; die in der Mitte stehenden Pfandgläubiger sollen sowenig auf Kosten eines spätern Eigenthümers als eines Nachhypothekars einen Gewinn machen. Wie aber stimmt dieser Eintritt des Eigenthümers in die Rechte eines Pfandgläubigers mit den allgemeinen Grundsätzen des Rechts, mit der juristischen Logik?

Die gewöhnliche Ansicht nimmt auch hier, wie bei den oben besprochenen Successionsarten, einen Uebergang des alten Pfandrechts auf den Successor an, und sie findet kaum ein Bedenken daran, daß sie dadurch nach jeder Richtung hin gegen juristische Prinzipien verstößt; so gesteht Göschen (Vorles. Bd. 2, S. 363) ganz naiv und allen Ernstes: „In diesem Fall concurrirt eine Menge von Anomalien. Einmal der Käufer succedirt in das Pfandrecht, ohne daß die Forderung auf ihn überginge, ja es kann sein, er hat auch keine eigene Forderung. Sodann die Succession erfolgt

ohne alles Zuthun von Seiten dessen, dem succedirt wird. Endlich, der Käufer ist nun Eigenthümer und Pfandgläubiger zugleich.

Eine Ansicht, die zu solchen Consequenzen führt, verurtheilt sich selbst; sie verkennt ihre Aufgabe die einzelne Erscheinung mit dem System des Rechts in Uebereinstimmung aufzufassen.

Wir müssen den umgekehrten Weg einschlagen und so kommen wir zum Resultate; die Forderung des Vorhypothekars wurde durch die Zahlung von Seiten des Käufers *getilgt*, damit ging auch das zu ihrem Schutz bestellte, alte Pfandrecht unter und lebt nicht wieder auf. Auch ein neues Pfandrecht entsteht nicht in der Person des Käufers, einmal weil man nicht zu gleicher Zeit Eigenthum und Pfandrecht an derselben Sache erwerben kann und dann, weil der Käufer eine Forderung nicht hat, die durch ein Pfandrecht geschützt werden könnte. Was kann demnach die Bedeutung der hypothekarischen Succession des Käufers sein? Nichts Anderes als daß sein *Eigenthumsrecht* eine dem getilgten *Pfandrecht* gleiche *Stellung* einnimmt, daß es namentlich den Rang gegenüber von Nachhypotheken erhält, den das abgezahlte Pfandrecht hatte. Nur deßhalb sprechen die Römer aus, daß der Käufer in das jus der abgezahlten Pfandgläubiger succedire.

Zur Sicherung dieses Rechts bedarf aber der Käufer der Fiktion eines Pfandrechts nicht; er kann sich nicht eine actio hypothecaria erbitten, die hier durchaus ohne Fundament wäre, das Recht schützt den Käufer durch weit einfachere Mittel in dem Privilegium der Priorität.

War er im Besitz, so gewährte man ihm gegen die Klage nachstehender Pfandgläubiger und deren Successoren eine Einrede (etwa si Lucius Titius, cui ante pignoris nomine res fuit obligata N^1. N^1. pecunia dimissus non est); waren die Nachhypothekare durch einen Zufall in Besitz gekommen, so stellte er seine Vindication oder Publiciana in rem actio an und replicirte auf die Einrede des Pfandrechts, daß er den Vorhypothekar abgefunden habe.

So erklärt sich wie Alexander Sever neben die successio in jus sofort die justa defensio stellt, die sie erzeugt.

L. 3 C de his, qui in prior. cred. 8, 19. Alexander A. Valent. Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus

obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniat ad eosdem creditores, in jus eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.

Und nur diese Seite hebt hervor Paulus libro 6 resp. l. 17 D. qui pot. 20, 4.

Eum, qui a debitore suo praedium comparavit eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

Dem nachstehenden Gläubiger bleibt es dann übrigens unbenommen dem Käufer die dem Vorhypothekar gezahlten Summen zu offeriren[51]) und so die Einreden und Replicationen desselben zu entkräften. — Der Nachhypothekar steht in dieser Beziehung ganz anders da als der Schuldner der die Sache verkauft hat, und dem die Auslösungsbefugniß der Sache natürlich damit für immer entzogen ist. Ueberhaupt tritt der Käufer nur gegenüber den Nachhypothekarien, nicht gegenüber dem Schuldner an die Stelle des abgefundenen Pfandgläubigers. Der abgefundene Hypothekar war dem Schuldner verantwortlich, er mußte stets der Auslösung durch den Schuldner gewärtig sein, der Käufer hat ein völlig selbstständiges, nicht mehr ablösbares Recht. Es bedarf daher kaum der Bemerkung, daß der Vormund, welcher verpfändete Mündelsachen ohne Decret *verpfänden* kann, wenn dadurch ältere auf der Sache lastende Pfandrechte getilgt werden, dieselbe nicht unter gleichen Bestimmungen *verkaufen* kann und daß er sich nicht durch die Behauptung schützen kann, das Eigenthum des Käufers sei an die Stelle des alten Pfandrechts getreten.

Betrachten wir, nachdem wir die Wirkungen der Succession des Käufers zu bestimmen suchten, noch deren Erfordernisse, so sind die Grundsätze, die wir oben beim Abfindungsgeschäft entwickelten, auch hier maßgebend.

Der Käufer muß von vornherein die Abzahlung der Vorhypotheken mit dem Kaufpreis ausgemacht haben, wie der abfindende Hypothekar eine Verwendung seines Darlehens zu diesem Zweck bedungen haben muß. Es genügt daher zur Succession nicht, wenn der Schuldner später freiwillig den eingezahlten Kauf-

51) L. 1 C si antiq. credit. 8, 20. l. 3, §. 1 D de distr. pign. 20, 5.

preis zur Tilgung von Hypotheken, die auf der verkauften Sache lasten, verwendet.

Ebensowenig ist eine Succession dann anzunehmen, wenn die Abfindung zwar erfolgte, aber nicht aus dem Kaufpreis selbst oder einem Aequivalent des Kaufpreises. Daher tritt sie namentlich dann nicht ein, wenn der Pfandschuldner schon vor dem Eingehen der Kaufsumme aus eigenen Mitteln den Vorhypothekar befriedigte und sich nachher erst die Kaufsumme von dem Käufer der veräußerten Pfandobjekte bezahlen ließ. — Es kann auch regelmäßig in einer derartigen Befriedigung des ersten Pfandgläubigers von Seiten des Pfandschuldners, welcher hierdurch nur eine ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllte, eine negotiorum gestio für den Pfandkäufer nicht gefunden werden[52]).

In einem Punkt unterscheiden sich aber, wie die Quellen hervorheben, die Erfordernisse der Succession des Käufers und des Capitalisten, der zum Zweck der Abfindung des Vorgängers ein Darlehen macht. Dieser muß sich ausdrücklich eine Hypothek bestellen lassen, der Käufer hat dies nicht nöthig[53]).

Ein solcher Unterschied wäre unbegreiflich und rein willkührlich, wenn es sich bei der hypothekarischen Succession um einen Vorbehalt des alten Pfandrechts handelte. Warum sollte in dem einen Fall eine ausdrückliche Reservation nöthig sein, im andern nicht.

---

52) Erwägungen des O.-A.-G. zu Darmstadt, 22. Sept. 1854 (Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 2, S. 452) in Bezug auf folgenden Fall:

B. hatte der Wittwe des N. für eine Capitalschuld mehrere Güterstücke verpfändet, nachher aber dem H. eine Nachhypothek hierauf bestellt. B. veräußerte dann später die verpfändeten Güter an A. W. und war hierbei letzterer in dem Kaufbriefe landgerichtlich angewiesen worden, die Capitalschuld an die Vorhypothekargläubigerin abzutragen. Einige Zeit nachher erhob B. durch den Bürgermeister W. einen ausstehenden Cessionspreis für — und zwar dem Nachhypothekargläubiger — abgetretene Kaufschillingsforderungen, bezahlte hiermit durch den Bürgermeister W. die Vorhypothekargläubigerin, ließ sich dann durch den Pfandkäufer die Kaufsumme auszahlen und reiste mit dem so eingenommenen Gelde nach Amerika.

Das O.-A.-G. ließ in diesem Fall die Pfandklage des zweiten Pfandgläubigers gegen den Pfandkäufer zu und verwarf den Einwand der Succession — von Rechtswegen.

53) L. 3 D. quae res pign. 20, 3., „quo casu emtoris causa meliore officietur."

Von unſerem Standpunkt aus erklärt ſich der Unterſchied leicht. Nur zwiſchen dinglich Berechtigten kann die Frage des Rangs in Betracht kommen, nur ſie können mit einander concurriren; der Käufer erhält in Folge ſeines Vertrags und der Tradition ohne weiteres Eigenthum und an dieſes dingliche Recht kann ſich die Priorität anheften; der abfindende Capitaliſt muß ſich erſt noch ein Pfandrecht conſtituiren laſſen, damit er mit in die Schranken treten kann.

Die Succeſſion des Käufers tritt übrigens nicht nur in dem erwähnten Fall ein, auf welchen die Quellen ausſchließlich aufmerkſam machen. Sie muß auch dann angenommen werden, wenn der Erwerber der Sache, nachdem er dem Schuldner den Kaufpreis bezahlt hat, aus eigenen Mitteln Vorhypotheken, die auf ſeiner Sache ruhen, tilgt; dieſes Succeſſionsrecht ſteht auf einer Linie mit dem Succeſſionsrecht des nachſtehenden Pfandgläubigers, der in Folge des jus offerendi Vorhypotheken tilgt. Auf dieſes jus offerendi werden wir zunächſt unſere Aufmerkſamkeit richten.

(Fortſetzung folgt.)

II.

Ueber die Selbſtſtändigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsſtelle, als ſolcher, in Bezug auf nachſtehende, an demſelben Objekte haftende Pfandrechte.

Von

Herrn **Guſtav Simon**,
Rechtsanwalt in Leipzig.

Ein Gläubiger, welchem mehrere Objekte für ſeine Forderung verpfändet ſind, kann ſich an *jedes* derſelben, nach ſeinem Belieben und nach ſeiner Wahl, bis zu ſeiner vollſtändigen Befriedigung halten [1]). — Dieſes freie Wahlrecht des Gläubigers iſt in

1) Cfr. l. 8 D. 20, 5. l. 2 D. 20, 4. l. 17 Cod. 8, 28. F. C. **Geſterding**, die Lehre vom Pfandrechte ꝛc. S. 345; E. C. **Weſtphal**, ſyſtematiſche Erläuterung der Römiſch. Geſ. vom Pfandr. §. 189; **Göſchen**, Vorleſungen ꝛc. II, S. 368; **Thibaut**, Pandektenſyſtem. §. 798.